

Identifier un concept unique de “ droits fondamentaux ” ?

Véronique Champeil-Desplats

► **To cite this version:**

Véronique Champeil-Desplats. Identifier un concept unique de “ droits fondamentaux ” ?. Revue française de droit constitutionnel, Presses Universitaires de France, 2019, N°120 (4), pp.865. 10.3917/rfdc.120.0865 . hal-03052339

HAL Id: hal-03052339

<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-03052339>

Submitted on 10 Dec 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Identifier un concept unique de « droits fondamentaux » ?

VÉRONIQUE CHAMPEIL-DESPLATS

Pour qui est convaincue que les concepts ne sont que le produit de constructions intellectuelles socio-historiquement déterminées, et non des entités idéelles préexistantes dans le monde, l'identification d'un concept unique de « droit fondamentaux » n'est pas une question. Elle est une quête impossible et inutile, une entreprise illusoire de réduction à l'unité d'un champ conceptuel inévitablement pluriel et mouvant.

Si question il y a, elle n'est alors pas celle de savoir s'il convient d'« identifier un concept unique de “droits fondamentaux” ? » mais plutôt celle des éventuelles de conditions de possibilité de l'identification d'un concept unique de droits fondamentaux. Autrement dit : « à quelle condition est-il possible d'identifier un concept unique de “droits fondamentaux” ? ».

La réponse est assez simple : tout dépend non seulement de ce que l'on entend par « droits fondamentaux », mais par « concept ». Car l'une des difficultés à penser l'existence d'un concept unique de droits fondamentaux réside en ce que la démarche n'exige pas seulement de démontrer l'unicité des *droits fondamentaux* ; elle suppose aussi de s'accorder sur l'unicité du concept de *concept*. Or, philosophes, épistémologues, sociologues, linguistiques se sont succédé pour montrer que le « concept de concept » est lui-même pluriel¹. Afin de dégager ce qui identifie un concept de ce qui relève de ses usages contingents, certains ont pu proposer de le distinguer des conceptions s'y rapportant. John Rawls notamment, différencie le concept et ses conceptions comme deux éléments constitutifs d'une « idée² ». Tandis que le concept désignerait une signification, un sens ou encore un principe fixé à l'issue d'un accord dans une communauté linguistique donnée, la conception serait constituée des interprétations individuelles ou collectives de ce concept, interprétations qui engagent des valeurs ou des jugements propres à chacun. Un concept peut alors faire l'objet de plusieurs conceptions. Par exemple, le

Véronique Champeil-Desplats, professeur à l'université Paris-Nanterre.

1. Voir par exemple G. Deleuze, F. Guattari, *Qu'est-ce que la philosophie ?*, Paris, Éditions de minuit, 1991 ; A. Edel, *Analysing Concepts in Social Sciences. Science, Ideology and Value*, New Brunswick, Transaction Books, 1979.

2. J. Rawls, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987, p. 31 sq.

concept de justice que Rawls définit comme « l'équilibre adéquat entre des revendications concurrentes³ » donne lieu à diverses conceptions relatives à la façon dont peut être atteint cet équilibre. Cette distinction entre concept et conception a été reprise avec quelques aménagements par Ronald Dworkin. Pour l'auteur, les concepts sont issus des textes juridiques – liberté, égalité, souveraineté... – et les conceptions de ces concepts résultent des interprétations dont ils peuvent faire l'objet⁴. Pour autant, cette distinction établie entre « concept » et « conception », tout aussi éclairante soit-elle, n'est qu'une proposition conventionnelle parmi d'autres possibles. Il reste par conséquent tout à fait envisageable de concevoir cette distinction à l'aune d'autres critères ou, même, de renoncer à toute distinction, en considérant que les conceptions ne sont finalement rien d'autre que l'expression de concepts distincts.

Habituellement, dans le champ juridique, les concepts sont appréhendés de deux points de vue ontologiques bien distincts et irréductibles l'un à l'autre. Ces points de vue constituent des engagements cognitifs déterminants du sujet pensant, des formations de l'esprit qui structurent profondément les façons d'envisager le monde, ses problèmes et les moyens de les résoudre. Le premier peut être dit essentialiste ou cognitiviste dans la mesure où il présuppose que les concepts, en l'occurrence celui de droits fondamentaux, sont dotés d'une essence qui peut être connue. Dans ce cas, ou bien l'unicité du concept de droits fondamentaux est affirmée d'emblée comme un présupposé ou un postulat du raisonnement non-sujet à discussion, ou bien elle est appelée à être recherchée et découverte au moyen de certaines méthodes réputées permettre l'accès à un savoir vrai (I). Le second point de vue, à l'inverse, conçoit les concepts comme des constructions intellectuelles contingentes. L'identification d'un concept unique de droits fondamentaux devient, dans cette perspective, vaine s'il s'agit de dégager une essentialité. Elle peut néanmoins retrouver sens et être portée au programme d'une recherche savante mais uniquement dans un cadre circonscrit (II).

I – L'UNICITÉ CONCEPTUELLE, PRÉSUPPOSÉ ET FINALITÉ ONTOLOGIQUES FRAGILES

Du point de vue cognitiviste, l'identification d'un concept unique de droits fondamentaux est non seulement possible, mais elle est, selon les

3. J. Rawls, *op. cit.*, p. 36.

4. R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, p. 38 *sq.* ; *Law's Empire*, Cambridge, Harvard university Press, 1986, p. 40 *sq.*

auteurs, soit le présupposé, soit la finalité même de la démarche savante. Ce point de vue caractérise historiquement, et communément, les courants dits jusnaturalistes (A). Cette dénomination semble toutefois devenue trop étroite pour rendre compte de l'ensemble des propositions cognitivistes, tout particulièrement dans le champ des droits fondamentaux. Il existe en effet de nombreux auteurs qui recherchent ou affirment l'essence d'un concept de droits fondamentaux sans se référer au droit naturel. Ces courants cognitivistes contemporains peuvent être qualifiés de « néo d'objectivistes » (B).

A – LES JUSNATURALISMES CLASSIQUES

Chez les jusnaturalistes, l'unicité du concept de droit, et *a fortiori* d'un concept de droit fondamentaux, provient de l'identification d'un droit naturel fondateur et structurant de l'ordre juridique positif. Ce droit naturel présente quelques caractéristiques générales communes aux diverses propositions savantes. Il est réputé immuable, antérieur, extérieur et supérieur à l'ordre juridique étatique. Il fonde et limite à la fois l'usage du pouvoir⁵. Toutefois que, passées ses caractéristiques communes, il existe de nombreuses variantes quant à la détermination de ce que seraient la nature ainsi que les droits et libertés fondamentaux réputés en découler.

Une première différence réside dans les modalités d'accès à la connaissance de ce qui est naturel. Tandis que les théologiens et les juristes prémodernes ont pu s'en remettre à la révélation, les jusnaturalistes modernes ont mis au premier plan l'exercice de la raison⁶.

Une deuxième différence repose sur les conceptions de la nature fondatrice. Les droits et libertés sont pour les uns supposés résulter d'un ordre naturel des choses, pour d'autres, d'un état de nature conçu de façon plus ou moins accueillant et, pour d'autres encore, de la nature humaine⁷.

Une troisième différence résulte des conceptions générales du rapport entre l'individu et le groupe social. Comme le relève Norberto Bobbio à propos du droit de propriété – et l'observation peut être étendue à tout autre droit ou liberté –, « selon qu'on considère l'homme comme un membre d'une communauté » à laquelle il doit par nature tout, ou

5. Voir G. Peces-Barba, *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, « Droit et société », n° 38, 2004.

6. F. de Smet, *Les droits de l'Homme*, Paris, *Éditions du Cerf*, 2001.

7. N. Bobbio, « Presente e avvenire dei diritti dell'uomo », in *L'Età dei diritti*, Turin, Einaudi, 1997, p. 19 ; trad. fr. in N. Bobbio, *Le futur de la démocratie*, Paris, Seuil, 2007, p. 46.

« comme un père de famille tendant par instinct naturel à la continuation de l'espèce », ou encore comme une personne naturellement « libre, et autonome, seule responsable de ses actes et de ses biens »⁸, les droits fondamentaux qui en résultent seront très différents. Les représentations de la nature et de ses conséquences sont donc variables selon les représentations du monde propres à chaque jusnaturaliste.

B – LES NÉO-OBJECTIVISMES

Plusieurs critiques du droit naturel se sont déployées dès la fin du XVIII^e siècle en France, en Allemagne ou en Angleterre, que ce soit à partir d'idéologies contre-révolutionnaires conservatrices s'opposant à l'universalisme et à l'égalitarisme des Lumières ou de perspectives progressistes issues de courants aussi divers que l'utilitarisme, l'historicisme ou le socialisme. Certaines de ces critiques ont donné lieu à la reconstruction de concepts de droits et libertés dégagés des références au droit naturel. Burke par exemple soutient l'existence de « vrais » droits attachés à l'histoire ancestrale de chaque cité et perpétuant un ordre des choses profondément inégalitaire⁹. Chez Bentham, les droits et libertés prennent la forme de « garanties » fondées non pas sur le « langage terroriste » du droit naturel mais sur un principe d'utilité selon lequel il convient d'assurer le plus grand bonheur au plus grand nombre. Les « garanties » concrètement accordées par l'ordre juridique résultent alors du calcul de ce plus grand bonheur à partir de la mesure des plaisirs et des peines des individus d'une communauté donnée¹⁰.

La sortie de la Seconde Guerre mondiale constitue un tournant significatif pour la pensée des droits et libertés. La montée en puissance des références à des droits et libertés fondamentaux à côté ou en lieu et place des références classiques aux « droits de l'Homme » s'accompagne souvent d'une reconsidération de la question des fondements. Il s'agit notamment de substituer aux vieux jusnaturalismes, dorénavant associés à des engagements conservateurs, des théories des valeurs d'inspiration humaniste, à la fois libérales (au sens politique) et sociales. Ce tournant caractérise particulièrement les États sortant de régimes autoritaires où l'enseignement de la philosophie du droit était fortement ancré dans le jusnaturalisme. Dans l'Espagne post-franquiste comme dans plusieurs

8. N. Bobbio, « Sull fondamento dei diritti dell'uomo », in *L'Età dei diritti*, *op. cit.*, p. 7, trad. fr. in N. Bobbio, *Le futur de la démocratie*, *op. cit.*, p. 35.

9. E. Burke, *Réflexions sur la Révolution de France*, Paris, Hachette, 1989.

10. Voir G. Tusseau, « Jeremy Bentham et les droits de l'homme. Un réexamen », *RTDH*, 2002, n° 50, p. 407 ; J. Bentham, « Sophismes anarchiques ou l'absurdité montée sur des échasses », in B. Binoche ; J.-P. Cléro, *Bentham contre les droits de l'Homme*, Paris, Puf, 2007, p. 23 ; J. Bentham, *Garanties contre l'abus de pouvoir*, Paris, Éditions ENS rue d'Ulm, 2001.

États d'Amérique Latine, notamment le Brésil ou l'Argentine, émergent, à la chute des dictatures, des théories du droit hybrides se réclamant du positivisme – et vouant un culte particulier à Hans Kelsen –, tout en soutenant la possibilité de fonder et d'évaluer le droit à partir d'une théorie des valeurs ou d'une morale objective de type social-démocrate¹¹.

Les droits fondamentaux, détachés de leur assise jusnaturaliste, sont alors pensés dans une double dimension axiologique et formelle. Contre ce que Gregorio Peces-Barba appelle les réductionnismes, d'une part, positivistes qui identifient les droits fondamentaux à des énoncés du droit positif et, d'autre part, jusnaturalistes pour qui le droit naturel suffit pour affirmer l'existence du droit¹², les théories néo-objectivistes défendent un concept de droits fondamentaux forgé sur la rencontre entre la forme juridique et certaines théories des valeurs. Ce nouveau concept de droits fondamentaux définit une axiologie normative qui structure les ordres juridiques contemporains¹³ et qui est destinée à servir de principes d'action à tous les acteurs publics ou privés. Les droits fondamentaux exprimant des valeurs objectives, on peut alors comprendre l'investissement particulier de certains théoriciens dans la logique formelle ou la logique déontique¹⁴. Dans la mesure en effet où les valeurs consacrées sont susceptibles d'être vraies ou fausses, il devient possible d'en tirer des inférences logiques elles-mêmes vraies ou fausses et, dès lors, d'en dériver des directives d'action précises. Ces directives peuvent *in fine* servir d'appareil critique pour évaluer des raisonnements et des décisions adoptés dans un ordre juridique déterminé.

II – L'UNICITÉ CONCEPTUELLE, STIPULATION ET DÉMONSTRATION THÉORIQUES CIRCONSCRITES

La pluralité des prétentions à exprimer un concept unique de droits fondamentaux porte au scepticisme sur la possibilité même de l'unicité (A). Ce scepticisme ontologique ne condamne pas toute perspective théorique, à condition d'en circonscrire la portée (B).

11. G. Peces-Barba, *Théorie générale des droits fondamentaux*, *op. cit.* ; C. Nino, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005 (3^e ed.).

12. G. Peces-Barba, *Théorie générale des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 37 *sq.*

13. Voir P. Comanducci, « Constitucionalización y neoconstitucionalismo », in P. Comanducci, M. Angeles Ahumada, D. Gonzales Lagier, *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación coloquio jurídico europeo, 2009, p. 89.

14. Voir R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1993, trad. esp., E. Garzon Valdès ; L. Ferrajoli, *Principia Iuris. Teoría del diritto e della democrazia*, Rome-Bari, Editori Laterza, 2012.

A – ÉLÉMENTS DE SCEPTICISME

Les éléments de scepticisme quant à la possibilité de trouver un accord sur un concept unique de droits fondamentaux sont au moins doubles. Ils tiennent d'une part à la socio-historicité des concepts juridiques (1). Ils sont d'autre part, liés aux difficultés de distinguer ce qui ressort du plan terminologique de ce qui relève du plan conceptuel (2).

1 – La socio-historicité des concepts juridiques

Hans Kelsen l'a soutenu à propos du concept de nature¹⁵ et Norberto Bobbio s'agissant du fondement absolu des droits de l'Homme¹⁶, la pluralité des prétentions à en exprimer l'essence ou l'unicité est la manifestation même du caractère illusoire de la démarche. De la même façon, on peut soutenir que la recherche d'un concept unique de droits fondamentaux est rattrapée par la diversité des contextes socio-historiques de ses usages ainsi que des présupposés théoriques à partir desquels il est mobilisé. Norberto Bobbio le résume parfaitement : « Quel est le droit fondamental de l'homme selon sa nature ? Le droit du plus fort comme le voulait Spinoza ou le droit à la liberté comme le voulait Kant ? » Dans la mesure où il est possible de dériver de la nature des droits fondamentaux différents, si ce n'est antagoniques, celle-ci s'avère finalement un fondement axiologique très fragile¹⁷. À Bobbio alors d'expliquer : « Les droits de l'Homme, tous aussi fondamentaux qu'ils soient, sont des droits historiques, nés dans certaines circonstances, produits par des luttes pour la défense de nouvelles libertés contre les vieux pouvoirs, progressivement, non tous en une seule fois et non une fois pour toutes¹⁸. » Autrement dit, le concept de droits fondamentaux se comprend chez Bobbio comme l'expression d'« exigences éthiques historiquement déterminées¹⁹ ».

Par conséquent, quand bien même l'on ne se résignerait pas à rechercher l'unicité du concept de droits fondamentaux, que ce soit par la quête de son essence ou par celle d'un accord dans une communauté linguistique donnée, il est difficile de faire abstraction, d'une part, de ce que cet accord reste relatif et circonscrit à ladite communauté, et d'autre part, que le concept dégagé peut faire l'objet de conceptions hétérogènes qui mettent à l'épreuve l'unicité même du concept. La retombée concrète

15. Voir H. Kelsen, *What is Justice?*, Berkeley, University of California, 1957.

16. N. Bobbio, « Sull fondamento dei diritti dell'uomo », in *L'Età dei diritti*, *op. cit.*, p. 7, trad. fr. in N. Bobbio, *Le futur de la démocratie*, *op. cit.*, p. 33.

17. N. Bobbio, « Presente e avvenire dei diritti dell'uomo », in *L'Età dei diritti*, Turin, Einaudi, 1997, p. 19, trad. fr. in N. Bobbio, *Le futur de la démocratie*, *op. cit.*, p. 46.

18. N. Bobbio, Préface, *L'Età dei diritti*, *op. cit.*, p. XIII.

19. A. Greppi, *Teoria e ideologia en el pensamiento político de Norberto Bobbio*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 272.

est que selon le concept (ou la conception) adopté de droits fondamentaux, la liste des droits et libertés qui en résulte est susceptible de varier sensiblement.

Ce scepticisme porte alors à déplacer l'objet de l'analyse conceptuelle. À la quête de l'unicité et de l'essence du concept de droits fondamentaux se substitue une enquête sur ces usages et ses expressions ou bien, dans une perspective de théorie du droit, au sein d'ordres juridiques déterminés, ou bien, dans une perspective méta-théorique ou d'histoire de la pensée, au sein des propositions savantes. Il reste que l'enquête n'est pas sans difficulté.

2 – Les concepts et les mots

Les difficultés de captation des expressions conceptuelles des droits fondamentaux sont en partie liées à celles de la détermination préalable des critères d'identification de l'objet d'analyse. Que doit-on considérer être l'expression d'un concept de droits fondamentaux ? Autrement dit, au risque de régresser à l'infini, à partir de quel concept préalable de concept de droits fondamentaux une enquête sur celui-ci peut-elle être menée ? Doit-on s'arrêter à l'énoncé des termes « droits fondamentaux » ou un concept de droits fondamentaux peut-il être présent sans l'énoncé de ces termes ? Inversement, la présence des termes implique-t-elle nécessairement celle d'un concept et, qui plus est, d'un seul et unique concept ?

L'observation empirique des usages des mots droits fondamentaux²⁰, comme des multiples discours théoriques, juridiques, politiques, philosophiques se rapportant au champ des droits et libertés, conforte l'hypothèse que la présence des mots n'implique pas nécessairement celle d'un, ni d'un seul, concept et, réciproquement, que la détermination préalable d'un concept de droits fondamentaux peut capter et inclure des objets qui ne sont pas ainsi dénommés. Comme Otto Pfersmann²¹ le souligne : « la présence des mots “droits fondamentaux” ne constitue [...] pas un test suffisant pour révéler la présence ou l'absence de l'objet », ni, ajoutons-nous, du concept, de « *droits fondamentaux* ». Tout dépend *in fine* et toujours (*supra*), non seulement de ce que l'on estime être un *concept* mais aussi de ce que l'on considère être constitutif du concept préalable de

20. V. Champeil-Desplats, « Les droits fondamentaux en droit français : genèse d'une qualification », *Droits fondamentaux et droit social*, P. Lokiec, A. Lyon-Caen (dir.), Dalloz, « Thèmes et Commentaires », 2005, p. 11 ; « L'affirmation des droits fondamentaux : quelles significations ? Quelles conséquences ? », *Cahiers français*, n° 354, février 2010, p. 19-23 ; voir aussi en ce sens O. Pfersmann, « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux », in *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2000 (1^{re} éd.), p. 91 *sq.*

21. O. Pfersmann, « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 92.

« *droits fondamentaux* » qui guidera l'analyse de ses mises en forme juridiques. L'enquête terminologique et l'enquête conceptuelle ne se confondent donc pas ; l'une ne se réduit pas à l'autre. L'enquête conceptuelle suppose de passer outre les dénominations et de ne pas s'en tenir aux mots utilisés dans le langage-objet.

B – DES VOIES THÉORIQUES ÉTROITES

Douter de l'unicité du concept de droits fondamentaux sur le plan ontologique, n'implique pas nécessairement tout abandon de l'hypothèse au plan théorique. L'unicité n'y apparaît alors pas comme une donnée ou un idéal mais comme le moment d'une démonstration. Ce moment peut être celui d'une stipulation nécessaire et préalable à une construction théorique (1). Il peut être aussi le résultat d'une enquête de type analytique (2).

1 – La voie stipulative

La voie stipulative consiste à poser ou à proposer, de façon conventionnelle, pour les besoins d'une construction théorique, la définition d'un objet scientifique, en l'occurrence la délimitation d'un concept de droits fondamentaux. Une telle délimitation appelle trois observations. En premier lieu, elle reste relative à l'auteur qui la pose, ce qui n'empêche pas qu'elle puisse être reprise et partagée par ceux qui seraient convaincus de sa pertinence ou de valeur heuristique. En deuxième lieu, quand bien même ferait-elle autorité à moment donné, elle n'annihile pas la possibilité de la formulation de concepts concurrents. En dernier lieu, le caractère conventionnel d'une stipulation ne signifie pas que celle-ci soit totalement arbitraire, ni qu'elle soit immunisée contre toute critique et formes d'évaluation. En effet, s'il est toujours possible de stipuler n'importe quoi, et de baptiser « carpe » un lapin²², les stipulations énoncées dans une perspective de compréhension du monde, d'explication ou de démonstration savante s'insèrent toujours dans un contexte d'échanges communicationnels et de contrôles mutuels des discours par des destinataires directs ou potentiels : des pairs, des étudiants, des profanes plus ou moins éclairés... Autrement dit, pour remplir leur fonction heuristique et ne pas être réduites au rang de délire solipsiste, les stipulations doivent présenter un degré minimum d'attache avec les représentations préexistantes du monde dans l'espace-temps où elles sont formulées ainsi que de cohérence eu égard à l'objet de la démonstration menée. C'est pourquoi, comme le relève Ric-

22. A. Dumas, *La dame de Monsoreau* (1846), Paris, Folio, 2008.

cardo Guastini²³, les stipulations sont le plus souvent partielles. Elles se présentent comme des redéfinitions qui prennent en considération, à des degrés variables, les définitions disponibles dans le langage ordinaire ou dans un langage spécialisé de référence, plutôt que comme de purs produits de l'imagination.

Dès lors, le concept de droits fondamentaux stipulé variera inévitablement en fonction de l'objectif poursuivi par celui qui le construit. Si l'on s'engage dans une visée normative de reconnaissance et de garantie de certains types de droits, – précisément, des droits « fondamentaux » qui se distingueraient de droits qui ne le seraient pas –, le concept pourra être plus ou moins large selon l'étendue des droits que l'on veut englober et affecter à des mécanismes de protection particuliers. Si l'on poursuit une visée descriptive ou explicative, la détermination du concept dépendra des ambitions propres à chaque auteur et à chaque projet théorique. Par exemple, une démarche stipulative, animée par la volonté de « construire un concept de droits fondamentaux en tant qu'objets *uniquement* juridique » a conduit Otto Pfersmann à considérer « qu'un système juridique » comprend des *droits fondamentaux* si et seulement s'il existe des rapports normatifs satisfaisant aux quatre conditions suivantes : 1) l'existence de permissions « au bénéfice de toutes les personnes » ; 2) le caractère fautif de toute norme abolissant ces permissions ou « les limitant dans une mesure allant au-delà d'un certain minimum déterminé par la compréhension habituelle du concept du comportement en question » ; 3) « l'existence d'un organe juridictionnel de contrôle habilité à annuler » les normes fautives ou à « empêcher que les actes ayant une telle signification puissent devenir des normes du système » ; 4) l'existence d'organes habilités « à saisir l'organe juridictionnel de contrôle en cas de violation »²⁴. Un autre type de démarche stipulative a porté Luigi Ferrajoli à définir les droits fondamentaux comme « tous les droits subjectifs qui appartiennent universellement à tous les êtres humains en tant qu'ils sont dotés d'un *status* de personne, de citoyens ou de personne capable d'agir ». L'auteur explique que cette définition « purement formelle ou structurelle » est « une définition théorique, dans la mesure où elle est stipulée par référence aux droits fondamentaux positivement sanctionnés par les lois et par les constitutions des démocraties contemporaines, indépendamment du fait que dans telle constitution ou dans tel ordre juridique, ces droits soient (ou ne soient) pas formulés dans la constitution, dans des lois fondamentales ou dans des normes de droit positif »²⁵.

23. R. Guastini, *Teoria del diritto. Approccio metodologico*, Modène, Mucchi Editore, 2012, p. 46.

24. O. Pfersmann, *op. cit.*, p. 100-101.

25. L. Ferrajoli : « Diritti fondamentali », in *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Rome-Bari, Laterza, 2001, p. 5-6.

2 – La voie analytique

La voie analytique consiste non plus à stipuler un concept mais partir à la recherche de ses expressions dans les ordres juridiques avec la perspective, en l'occurrence, de trouver un ensemble de traits distinctifs communs. Autrement dit, le pari est de dégager d'un fatras de données, un noyau dur significatif structurant les références à la fundamentalité de certains droits et libertés.

Si le risque d'échec est important lorsque l'entreprise est menée à grande échelle ou avec une prétention à l'universalité, elle peut garder une pertinence en rabaisant les ambitions. Il s'agira alors non pas d'identifier un concept unique de droits fondamentaux depuis Antigone jusqu'à Robert Alexy, du code Hammourabi jusqu'à la Ve République française, mais de rechercher si, dans des espaces-temps déterminés du développement de la pensée juridique ou des ordres juridiques, il est possible de déceler un concept unique de droit fondamentaux. On parviendra à des propositions du type : « dans l'espace-temps Z, l'ordre juridique x ou l'auteur A considère comme droits fondamentaux des normes énoncées au plus haut degré de la hiérarchie des normes (niveau constitutionnel et/ou conventionnel), exprimant des valeurs V, et bénéficiant d'un mécanisme spécifique de protection... » ; « dans l'espace-temps Z, l'ordre juridique x ou l'auteur A considère comme des droits fondamentaux des normes qui découlent du principe de dignité ou formulant une conception X de l'humanité... » ; « dans l'espace-temps Z, l'ordre juridique x ou l'auteur A considère comme des droits fondamentaux des énoncés fondant l'ordre juridique »...

La considération des conditions de possibilité de l'identification d'un concept unique de droits fondamentaux porte au scepticisme. L'affirmation et la construction d'un concept unique sont, d'un côté, rattrapées par des affirmations concurrentes et, de l'autre, relativisées par leur contextualisation socio-historique, théorique ou idéologique. À tout le moins reste-t-il possible d'identifier l'expression d'un concept unique dans des espaces-temps déterminés et circonscrits, ainsi que des prétentions à l'affirmation d'un tel concept dans ces espaces-temps. L'unicité du concept de droits fondamentaux n'est alors pas une donnée qui s'impose, mais la résultante à expliquer d'un contexte particulier lorsqu'elle est envisagée au niveau juridique et d'un engagement intellectuel spécifique lorsqu'elle est envisagée au niveau méta-juridique.